14.



# POR

EL M.R.P.M. Fr. PEDRO DE SOTO, LECTOR Jubilado, Doctor Theologo en la Imperial Vniversidad de Granada, Padre de su Provincia, y Predicador de su Mageſtad, Religioso del Tercer Orden de señor San Francisco, Conventual en el de señor S. Antonio Abad.

*EN EL PLEYTO*

# CON

EL P. Fr. SILVESTRE DE HINOJOSA, MONGE en el Convento de señor S. Geronimo.

*Y CON*

DON BALTASAR DE OREñA, COMO PADRE de Don Juan Manuel su hijo, y consorte, vezinos de la Ciudad de Granada.

*SOBRE*

LA SVCESSION DE LA CAPELLANIA QVE fundò Doña Ysabel del Caſtillo.

N. 1. PRetende el P.M. Soto se confirme la sentencia del Provisor, Juez ordinario de Granada, en que lo declarò por legitimo sucessor de esta Capellania. Y antes de proponer sus fundamentos juridicos, se supondrà lo que conduce de los autos al hecho que les corresponde.

2 Doña Ysabel del Castillo, viuda de Don Ignacio de Loaysa, hija de Don Tomas de el Castillo, y Doña Geronima de Soto su muger, por el año passado de 1665. otorgò su testamento cerrado, que en el mismo dia de su otorgamiento muriò, se abriò, y publicò; y entre otràs clausulas se halla vna, que es la que motiva el pleyto, en esta forma literal.

## CLAVSVLA.

3 *Item, en el remanente de todos mis bienes nombro por heredera à vna Capellania que mando fundar, y que se sirva en el Convento de señor San Francisco, Casa grande de esta Ciudad; y sea cada Missa à medio ducado, las que se ajustaren para su fundacion. Y llamo por mi primero Capellan à mi sobrino Don Miguel de Toledo, para que con ella se Ordone; y si no estudiare, y se Ordenare de Orden Sacro, dentro de los 25. años, ò muriendo antes, nombro por Capellanes à dicha Capellania à los hijos, y descendiẽtes del Lic. D. Pedro de Hinojosa, Abogado de esta Chancilleria; y nombro por Patron à la dicha Capellania à mi hermana Doña Ana del Castillo, y à sus hijos, y descendientes, los quales nombren (en faltando los que yo dexo llamados) à mis parientes, y los de mi ma-*

*marido, y en su defecto à los que quisieren; y sea esta Capellania colativa.*

4 Muerta la Fundadora, y aceptada esta fundacion por el Ordinario, y hecho ereccion de sus bienes, y colacion de la Capellania al D. Miguel de Toledo, algunos años despues, ya Ordenado de Presbytero, la posseyò despues de cumplidos los 25. años, otros 23. hasta que muriò en el passado de 688. y se opuso Don Gregorio de Hinojosa, Beneficiado de señor Santiago, como hijo del Lic. D. Pedro de Hinojosa, y por no hallarse en Granada Don Francisco de Toledo, Canonigo de su Iglesia Catedral, ni otro pariente de la Fundadora, sin contradicion, ni coopositor, *non tam potior, quam solus* obtuvo, y la posseyò hasta su muerte en el año passado de 694.

5 En que se opusieron el P. Fr. Silvestre, como hermano del vltimo posseedor. Don Baltasar de Oreña, como padre de D. Juan Manuel, menor de 14. años, su sobrino. El Lic. D. Juan de Soto, Abogado de la Chancilleria, padre de Don Juan Francisco, menor tambien de 14. años, como sobrino de la Fundadora, nieto de Don Juan de Soto su primo hermano, de cuyas filiaciones no se duda; y Don Francisco de Toledo, Canonigo de dicha Santa Iglesia (como hermano de D. Miguel el primer Capellan) el qual muriò despues de hecha la oposicion.

6 A cuyo tiempo sale el P. M. Soto pretendiendo la sucession, como pariente mas cercano, primo hermano, por hijo legitimo de Don Pedro de Soto, que fue hermano entero, y legitimo de Doña Geronima de Soto, madre de la Fundadora, de cuya filiacion, y parentesco, legitimamente pro-

probado no se duda: excluyendo à los demàs opositores: A los menores; porque aunque Don Juan Francisco de Soto es su sobrino, y nieto de su hermano (cuyo parentesco confiessa) y el otro D. Juan Manuel de Oreña, son por la edad incapaces de obtener, y à este vltimo obstarle lo que à su tio el Padre Fr. Silvestre.

7 El qual no puede hazer competencia, por no ser pariente, ni tener llamamiento, si no condicional, que cessò por no averse purificado las condiciones con que fue substituido, pues el primer llamado estudiò, y se ordenò de Orden Sacro, dentro de los 25. años, y sobreviviò despues 23. años mas: quando no huviera sido, como fue, la clausula dictada, y ordenada por Don Pedro de Hinojosa su padre, y escrita de mano de Lic. D. Bernavè de Tapia su primo, ambos testigos instrumentales del testamento, como dèl parece, y lo tiene en estos autos confessado el P. Fr. Silvestre.

8 A quien no aprovecha la dispensa que ha presentado del señor Nuncio, por ser con la clausula ordinaria: *Dummodo adsit consensus Patroni*, y este le falta; pues Don Miguel de Toledo, Gentilhombre de la Casa de su Mageštad, vezino de Madrid, como nieto de Doña Ana del Castillo, y como tal legitimo Patrono nombrò al P. M. Soto, cuyo nombramiento con la licencia de su Prelado, y dispensa tambien del señor Nuncio para obtener esta Capellania de *consensu Patroni*, està presentado; sin que obste el que Don Gregorio de Hinojosa su hermano obtuviesse, pues fue sin contradiccion de otro opositor, que en Capellania, no sirve, en que no ay, ni puede aver, como en los mayorazgos, continuacion de sucession por ocupacion, ò ingresso de linea. B Re-

9 Recebido el pleyto à prueba, la hizo el P.M.Soto con instrumentos, y testigos, que se reducen à justificar el parentesco de primohermano de la Fundadora, y à probar, que muchas vezes, y à diferentes personas viviendo, dixo: Su voluntad era fundar vna Capellania para sus parientes, y entre ellos el Padre Soto, à quien tenia especial afecto. Que todo el testamento lo dictò, y ordenò Don Pedro, padre de Fr. Silvestre, y lo escriviò de su letra Don Bernabè de Tapia su primohermano, ambos testigos instrumentales del testamento cerrado; y sobre esto de mandato del Provisor, y con citacion de las partes, se hizo cotejo, y comparacion de letras por los Notarios.

10 Que ni se leyò, ni vieron los demas testigos què contenia, ni la testadora lo viò, leyò, otorgò, ni firmò, sabiendo escrivir; y que por la mañana de aquel dia le diò vn sincope, y à toda priessa se formò el testamento, dictandolo D. Pedro, y escriviendolo D. Bernabè, y à la tarde muriò la Fundadora, y se abriò, y publicò, todo en aquel mismo dia, sin anotar la hora, como del mismo testamento, y su apertura parece.

11 Que Don Pedro de Hinojosa tenia costumbre en los testamentos que assistia, hazer poner à sus hijos, con prelacion à los de los Fundadores, y sus parientes, como lo hizo en la fundaciõ de la Capellania de Don Diego de Rueda, de que ay presentado testimonio, y lo testifica D. Pedro de Soria, Comissario del Santo Oficio, y otros testigos de la probança del Padre Soto.

12 Que Don Miguel de Toledo, en el año de 665. quando su tia lo nombrò por primer Capellan, tenia 23. años, estava enfermo, y no avia estu-

estudiado Grammatica, y sin embargo estudiò, se ordenò, cumpliò los 25. años, obtuvo la Capellania, y viviò 23. años despues. Y que por estar (quando muriò) en Madrid Don Francisco de Toledo su hermano, y sin su noticia, obtuvo como vnico oppositor D. Gregorio de Hinojosa, por cuya muerte es el pleyto.

13 Con cuyas probanças concluso, la sentencia del Ordinario de Granada, fue la referida *supra num.* 1. de que por el P. Fr. Silvestre se apelò ante el señor Nuncio, donde el P. M. Soto pretende se confirme por los fundamentos juridicos q̃ se manifiestan en la division de los tres siguientes Articulos.

1 El primero, de voluntad clara, congeturada, è inducida de la Fundadora.

2 El segundo, de expressa, por el literal llamamiento de la clausula.

3 Y el vltimo, por satisfaccion, y convencimiento de las dudas de contrario opuestas.

## ARTICVLO PRIMERO.

### *POR VOLUNTAD CLARA, INDVCtiva, y congeturada.*

14 Clara, y manifiesta voluntad de qualquier disposicion se llama en el derecho, no solo la que parece en las palabras literales, si no la que resulta de la intencion, y mente descubierta de el que dispone, regulada con mayor fuerça, y eficacia, por el medio de la dileccion, que assi viviendo, como muriendo, mostrò el mismo que dispuso, *l. Aurelius, 28. §. Titius, 3. ff. de liberat. leg. l. servus*

*vus plurium,§.fin.ff.de leg.1.l.cum avus,ff.de condit. & demonstr.l.cum acutissimi,C.de fideicom.leg.generaliter,§.Cum autem,C.de inst.& substit.*

15 Por cuyas vulgares decisiones notan los DD.ser el afecto propio, y particular de el que dispone el mas seguro,y claro interprete de su voluntad, assentando, que la que de este principio resulta,no es tacita, si no expressa, y manifiesta, Surd.*cons.*200.*à num.*8.Mantic.*de coniect.lib.*5.*tit.*11.*& lib.6.tit.*10.*num.*13.Ramon.*cons.*13.*nu.*40. cum multis Casanat.*cons.*47.*num.*27.& 28.Esta se conoce, y descubre por legitima induccion de la natural,y reciproca correspondencia, assi del que executa,como de aquel en cuyo favor se confiere la disposicion,*l.cum delanionis,§.Instrumento,ff.de fund.instruct.l.fin.ff.pro socio,l.*11.*ff.de militar.testam.l.*12.*§.Æquitis* 4.vbi DD.*ff.de vsu,& habitat.* Giurb.*de feud.*2.*p.§.*13.*num.*90. Molin.*de rit.nuptiar.lib.*3.*q.*48.*n.*4.cum pluribus D.Valenç.*cons.*5. *num.*20.

16 Esto supuesto,para graduar la naturaleza de la disposicion de que tratamos,se ofrece, que quien la hizo es vna tia,hermana de madre, y à favor de vn sobrino, erga quem vtpotè consanguineum adeo proximum,& tamquam primo nominatum maximam dilectionem ostendit; y aunque baxo de las condiciones con que lo llama, de quibus *infra à num.* 35.substituye à vnos estraños, despues repitiendo con extension manifiesta su cariño,erga propios consanguineos, llama à sus parientes à la sucession de esta Capellania.

17 De los dos extremos, principio, y fin de los llamamientos, se saca à luz la verdadera inteligencia de su voluntad, que siempre fue llamar

mar à los parientes, y que nō quiso, ni le passò por el pensamiento el que entrassen estraños, aunque fuenen puestos en la disposicion, *cap. rogamus, cap. loquimur 24. q. 1. cap. præceptis, dist. 12. l. depositum 1. §. Si servus, ff. deposit.* Fusar. *q. 406. num. 27. & decis. 2. in cons. 4. num. 54.* Giurba *ad Messan. cap. 11. glos. 4. à num. 1. & de feud. §. 1. glos. 8. num. 57.* Ansald. *cons. 13. num. 114.* Surd. *decis. 312. à num. 15.* cum alijs D. Vela *dissert. 38. num. 88. & dissert. 48. num. 43.* Marta *de success. legal. q. 1. art. 3. n. 16.*

18 Corroborase este principio con otro regular aqui ajustado, y probado con diferentes testigos de la expression, que ante testamentum hizo la Fundadora de dexar vna Capellania para sus parientes, y en especial para su primohermano el Padre M. Soto; y assi entiende el derecho, que pues assi lo quiso, assi lo dispondria, no probandose la mudança en esta persistencia tan natural, y legitima, *l. in quantitate, §. Ergo, ff. ad leg. falcid.* ibi: *Optimum quidem est statim abinitio, ita testatores distribuere, l. 13. ff. de decurion. l. 23. ff. de regul. iur. cap. consuluisti 20. de regular.* ibi: *Vt ergo quæ sit eius intentio plenè cognoscatur, propositum suum in principio protestetur, l. 22. ff. de leg. 2. l. si quis, in principio, ff. de leg. 3.* ibi: *Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis se pœnituisse, l. nam ad ea, ff. de condit. & demonstr.* & cum alijs ex Bart. Bald. Surd. & plurimis D. Castill. *tom. 3. cap. 15. n. 23.*

19 Probado, pues, en nuestro caso, que la Fundadora, antes, y al tiempo del testamento hizo manifestacion de fundar esta Capellania para su sobrino, y parientes, se saca la conclusion de nuestro argumento, que por voluntad clara, congeturada, è inductiva se halla el P. M. Soto con precisso,

C y le-

y legal llamamiento para suceder en competencia del estraño que se supone substituido, ex Regul. *l. cum avus,ff.de condit.& demonstr.& l.cum acutissimi,C.de fideicomm*,cum vulgaris.En cuya comprobacion no nos detenemos mas por passar al segundo,y principal fundamento de lo literal de la clausula,y sus condiciones.

## ARTICVLO SEGVNDO.

### *DEL LLAMAMIENTO LITERAL, Y voluntad expressa.*

20 Nombrò la Fundadora por primero Capellan de esta Capellania à Don Miguel de Toledo su sobrino,purè,& simpliciter, y solo para que con ella se Ordenara. Despues para darle subsstituto le pone el gravamen de que estudie,y se Ordene,con la condicion de que si no lo hiziera, ò muriera antes de los 25.años, entren à suceder los hijos de D.Pedro de Hinojosa,dexando prevenidos los casos de *impotentiæ,noluntatis,aut mortis.*

21 Mientras que el substituto no prueba verificadas las condiciones (cuya naturaleza es suspender los efectos de la sucession, y por su defecto cessar el caso de la substitucion)ningun derecho tiene para suceder,*l.eo qui ita*, *C.de condit.inst. l.fulcimus,§.Qui in diem,ff.ex quib.caus.in poss. eat. l.14.§.1.ff.de novat.l.41.ff. de condit. & demonstr. l.si post , §.Si sub conditione ,ff. quand. dies leg.ced.* Gloss.*in Rubric.ff.de condit.& demonstr.*Bart.*in l.1. ff.eod.*Cuiacius *lib.17.in l.Titio centum ,ff.de cond. & demonst.*ibi:*Est autem causa , quæ existente nascitur obligatio;deficiente , nulla constituitur ; suspensa,*

*suf-*

*suspenditur*, D. Valenç. *consf.* 106. *num.* 26. D. Larrea *decis.* 33. *à nu.* 10. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 4. D. Paz *de Tenut. cap.* 33. *n.* 18.

22 El P. Fr. Silvestre no ha verificado las condiciones, si no lo contrario, pues parece que por su defecto se caducò su llamamiento, aviendo cumplido 25. años, y Ordenadose D. Miguel el primer llamado, y vivido 23. años despues, que fueron las tres condiciones con que està hecha la substitucion, las dos primeras de estudiar, y Ordenarse, *potestativas*, y la vltima de morir antes de los 25. años, *casual*; con que assi por las primeras que se cumplieron por D. Miguel, quedò puro su llamamiento, como por la vltima que faltò, por no aver muerto dentro de los 25 años, cessò el caso de la substitucion, *ad text. in l. sed si sua, ff. de acquir. hæreditat.* Argel. *de acquir. poss. q.* 8. *num.* 901. Cyriac. *contr.* 340. *num.* 15. *& contr.* 2. *num.* 39. *l. ex his* 5. *C. quando dies legat.* cum multis Gratian. *disceptat.* 318. *à num.* 10. Surd. *consf.* 44. *à num.* 1. Cyriac. *contr.* 522. *à num.* 14.

23 Luego de ningun modo puede cōpetir con el P. M. Soto, que se halla con llamamiento literal, y expresso, como pariente substituido, y llamado por la Fundadora en el caso que se ha verificado de averse cumplido las dos primeras condiciones, y faltado la tercera, y por este defecto caducadose el llamamiento de los hijos de Don Pedro de Hinojosa, *l. vnica, §. Pro secundo, & §. Sin autem, C. de caduc. tollend.* ibi: *Sin autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honorata personæ voluntate, vel in vtroque pendeat, vel sub in certo die, expectari oportet conditionis eventum*

sub

*sub qua fuerit derelictam , vel diem , vt tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit, quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc, quod ideo non praevaluit , manere disponimus simili modo apud eos à quibus relictum est, l.ex facto* 17. *§. Si quis autem, ff.ad Trebell. l.Gallus* 29. *in princip. l.si alienam, l.cum pater* 77. *§. Cum pater , ff.de legat.* 2. *l.si ab eo , ff.de vsufruct.legat.* Bald. *in l.quandiu,* vbi commun. DD. *ff.de acquir.haeredit.* cum multis Fusar. *de substit.q.*469. *à num.*37. Menoch. *consil.* 1088. *à n.*9.

24 Donde dan la razon, y es, porque el segundo llamamiento no depende de la condicion del primer grado, sino del literal llamamiento, puro, y simple , que no repitiò la condicion en el segundo, y mas en disposicion perpetua, donde no se requiere para su validacion, vt ex D.Molin. & alijs notant praedicti DD. lo qual baste para comprobacion de los fundamentos de este segundo Articulo, passando al tercero , en que nos detendrèmos algo mas.

## ARTICVLO TERCERO.

## *EN QVE SE SATISFACE A LAS dudas de contrario opuestas.*

25 Aunque la verdad propuesta en los antecedentes es tan clara , no obstante porque se trata de impugnar con discursos frivolos de argumentos fantasticos, intentando , que lo que no previno el director del testamento de la Fundadora, que fue D.Pedro de Hinojosa , ò por mejor dezir,

no

no ſele logrò, por permiſſion Divina, que fue morirſe antes de los 25.años el primer llamado, ſe verifique oy aviendo muerto 23.años deſpues; y que porque ſuena puesta la facultad dada al Patron de nombrar parientes en faltando los llamados, diſcurrir, y oponer, que eſte caſo no ha llegado, pues vive Fr. Silveſtre, que es vno de ellos, como hijo de D. Pedro, y que aſſi no pudo el Patron preſentar, ni nombrar, como nombrò al P. M. Soto.

26 Antes de dar reſpueſta à eſta objeccion, ſerà preciſſo advertir con lo que apuntamos ſupra in 1. Articulo, que aviendo ſido la voluntad de la Fundadora dexar la Capellania à ſus parientes, y no à eſtraños, qualquier coſa que contra eſto ſe hallare notada, ò eſcrita en el teſtamento, ſe entiende pueſta ſin ſu conſentimiento: *Nemo enim facere creditur contra id, quod oſtendit, neque ſe incontinenti corrigere, ad l. nam ad ea, ff. de condit. & demonſtr. cum vulgat.*

27 Que eſte teſtamento ſe hizo cerrado, otorgò, y ſe abriò en vn miſmo dia, que fue el de la muerte de la teſtadora, conſta de èl, y de ſu apertura; de tal aceleracion, y prieſſa de actos, que preſuma de fraudes, y ſupoſiciones el derecho? Es notorio axioma. Que fueron teſtigos inſtrumentales del D. Pedro de Hinojoſa, y D. Bernabè de Tapia ſu primo hermano, y que de letra, y mano de eſte eſta eſcrito todo el teſtamento, ſe confieſſa por la parte contraria, y ſe halla comprobado. Que eſto induzca no ſolo fraude, ſi no que obre nulidad en la parte del legado, ò llamamiento del teſtigo, ò ſu pariente, es diſpoſicion de derecho Real, *l. 3. Taur. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil.* ibi: *Teniendo* (los teſtigos) *las otras qualidades que el derecho requiere.*

28 Y como por derecho Real assimismo estè prohibida per *l.11.tit.1.p.6.vbi glos.4.* & *5.* D.Gregor.Lopez: *Que el padre, ni el hijo, ni el pariente, dentro del quarto grado, pueda ser testigo en el testamento que alguno de estos tenga llamamiento à la sucession, ni menos pueda testificar, ni haga fee en pleyto que sobre ella se moviere à los parientes del testador.* Que es el mismo caso que en este testamento sucede. De aqui es, que no pudiendo suceder por este llamamiento los hijos de D.Pedro, ni èl, ni su primo D.Bernabè, servir de testigos para acreditarlo, es como si no lo estuvieran, y queda puro, y absoluto el de los parientes de la Fundadora, por voluntad, y disposicion legal.

29 Que estando el referido llamamiẽto escrito de letra de D.Bernabè, y presumiendose por derecho, dictado de D.Pedro, por introducir à sus hijos, privando à los parientes de la natural sucession que tienen por el derecho de sangre, se halla con otro mayor defecto, pues por todos derechos, no solo incurre en pena de falso el que nota, escrive, ò dicta para si, ò para sus hijos, y parientes, herencia, manda, ò legado, si no que èl, y ellos la pierden, aunque prueben averse puesto de orden, y mandato del testador, porque se presume sacada con engaños, y sugestiones en aquel lance, y sin consentimiento del que hizo la disposicion testamentaria.

30 Ita ex *l.1.§.7.l.6.l.10.l.14.* & *15.ff. ad leg.Cornel.de fals.l.1.* & *5.ff. de his quæ pro non script.habent.l.2. 3.* & *5. C. de his qui sibi adscrib.in testam.* pluribus Dilectus *de art.testand.tit.de legat. num.1.* Farinac.*q.150. à num.175.* Petr. Gregor. *sintagmat.lib.36.cap.5.num.2.* Ant. Math. *lib.48.ff. tit.*

*tit.7.cap.1.num.4.* D.Sanz *controverſ.crim.76. à num.56.* donde con Plinio el menor, *lib. 2. epiſtol. vltim.* nota ſer eſpecie de eſtafa, falſedad, y trayciõ, poner, ò eſcrivir en el teſtamento, ò eſcritura alguna coſa para aquel que fue llamado por el teſtador, ù otorgante, para comunicarle ſu diſpoſicion.

31 No ignoraria, como tan gran Letrado, eſtas diſpoſiciones D.Pedro de Hinojoſa, ni menos quando lo llamaron, ò èl ſe vino à diſponer eſta, como antiguamente para la mejor direccion ſe vſava, la conſulta de los teſtamentos con los de eſta profeſſion, ſegun cuentan Sueton. *in Neron. cap.32.* y Tulio *lib.2.de orator.* y apunta el Conſulto Scevola *in l.88.§.fin.ff.de leg.2.* que no por eſta confiança ſe les dava mano, ni permiſſion para quitar la hazienda à los herederos legitimos, y parientes del teſtador, y darſela à ſus hijos del Letrado llamado para conſultar la forma de el teſtamento.

32 Y que aunque ſe permitia el dexarles alguna coſa, *ad l.dictantibus, C.de teſtam.* para poderla llevar era neceſſario que el teſtador la dictaſſe, y mandaſſe, y que la clauſula de eſte legado la firmaſſe de ſu mano, demas de la firma, y ſubſcripcion general de todo el teſtamento, y que eſte ſe leyeſſe, y otorgaſſe por el teſtador coram teſtibus, y faltando alguno de eſtos requiſitos, fueſſe nula la manda, *l.Divus, §.Planè, & §. Item Senatus,* vbi Bartol. *ff.ad leg.Cornel.de falſ.* Gloſſ.& DD. *in l. ſi teſtator, C.de his qui ſibi adſcrib.* Dilectus *de art. teſtand.tit.de legat.cautel.1.à nu.2.* Farinac. *in prax. q.150.n.202.*

33 Mas atropellando por todas eſtas diſ-

dispoſiciones D. Pedro, dicta el teſtamento, llama à ſus hijos à la ſuceſſion de la Capellania, prefiriendolos à los parientes de la teſtadora en vn teſtamento cerrado, que ni ſe lee, ni firma, ſabiendo eſcrivir, y ſe pone por teſtigo inſtrumental èl, y ſu primo D. Bernabè, de cuya mano eſtà eſcrito, para que ſe acredite la nulidad de eſta forma, y excluya el llamamiento referido, y ſe conozca, que ſiendo contra la voluntad de la teſtadora, y diſpoſicion de derecho, es como ſi no huviera tal ſubſtitucion, y condiciones pueſtas al primer llamado, para que la ſubſtitucion de los parientes quede pura, y ſimple, ſin que los hijos de Don Pedro puedan competir.

34 *L. 1. l. fin. ff. de his quæ pro non ſcript. l. quæ in teſtamento, l. quod adhibitus*, vbi Gloſ. & DD. *C. de his qui ſibi ad ſcrib. in teſtam.* & in individuo Farinac. *dict. q. 150. num. 203.* ibi: *Et propterea ſic relicta tranſeunt ad ſubſtitutum, vel remanent apud hæredem, ſeu apud illum à quo relicta ſunt. Facit text. in l. ſi quis cum falſo*, vbi Bart. *ff. ad leg. Cornel. de falſ.* & in terminis Peregrin. *de iur. Fiſci, lib. 1. tit. 12. num. 1.*

35 Y aunque eſto ceſſara, y pudiera D. Pedro aver inducido à la Fundadora à que llamara à ſus hijos, ſiendo las condiciones que puſo al primer llamado, para introducirlos tan dificiles, ò pene impoſſibles, como mandarlo que eſtudiara, y ſe Ordenara dentro de dos años, vn hombre enfermo, y que ni principios de Grammatica tenia, con veinte y tres años de edad, ſe quitan, y reprueban por derecho, y queda el llamamiento puro; como ſi no tuviera condicion alguna, *l. Mævia 45. ff. de hæred. inſt. l. 1. l. 6. l. 20. ff. de condit. inſt. l. 12. §. 1. l. 104. §. In teſtamento, ff. de legat. 1. l. 3. tit. 4. p. 6.* cum

plu-

pluribus Gomez, Pichardo, Amaya, & alijs D. Salgad. *de labyrinth. 2. p. cap. fin. à num 95.* Dominico Antunez *de donat. Reg. 1. p. prælud. 2. §. 2. à nu. 92.* Escobar *de vtroque for. art. 1. à num. 127.* Valero *de differ. verbo Legatum, differ. 4.*

36 Y es texto expresso *dict. l. 6. ff. de condition. inst.* donde *la condicion struendi domum intra triduum reijcitur*, por *la angustia del tiempo, y el heredero gravado con ella, adquiere la herencia libremente*, siendo la razon legitima, porque como la voluntad sea quien rige las condiciones, no estas à aquella, *l. 19. ff. de condit. & demonstr.* y aviendola expressa, ò congeturada, aunque las condiciones por impossibles, ò muy dificiles sean repugnantes, ò adversativas à la voluntad; porque esta subsista, se quitan aquellas, como puestas sin intencion del disponente, que no se entiende que ponga embaraços, porque descomponga, y destruya aquello mismo que quiso, y dispuso, *l. pro inde, ff. si cert. petat. l. vbi ita donatur, ff. de donat. caus. mort.* cum pluribus D. Castill. *tom. 4. cap. 40. à num. 17. & tom. 5. cap. 102. num. 11.* D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 12. num. 34.*

37 Prevenciones legales que aqui se verifican, pues no es de creer, ni presumir que la Fundadora que con tanto afecto llama à su sobrino Don Miguel, y à sus parientes despues dèl, si supiera lo dificil de cumplir las condiciones, se las pusiera tan rigurosas, como mandarle que estudiara en dos años, para quitarle la vida à vn hombre enfermo; y que lo que el derecho, y su voluntad en favor de este ordenaron, se convirtiera en su daño, y de sus parientes; para introducir vnos estraños contra la razon natural que notò el Consulto *in l.*


*cum*

*cum acutissimi, C. de fideicomm. ne videatur alienas successiones proprijs anteponere.*

38 Y assi, porque la candidez de quien dispone, y muestra su voluntad, no se frustre, y confunda con la calidez, y astucia de los eversores de las vltimas voluntades que proponen tales medios por lograr su conveniencia para destruirlas, vt notat Imperator *in l. nulli, §. fin. C. de Episcop. & Cleric.* ibi: *Nepium defuncti propositum improba fraudatorum calliditate celetur*, justamente dispuso el derecho que despreciadas tales condiciones, el instituido, ò gravado adquiera la herencia, ò legado libremente, y sin gravamen alguno, ad notata per D. Castill. *dict. cap. 40. n. 1 §. & cap. 25. à n. 41.*

39 Mas quando lo referido cessara, y ni Don Pedro huviera notado el testamẽto, ni con sugestiones sacado el llamamiento para sus hijos, y ni las condiciones fueran impossibles, ò dificultosas, si no que fueran muy faciles, y todo quanto en esto se obrò fuera arreglado à la disposicion de derecho, satisfaciendo ya a la duda, y objeccion propuesta *supr. num. 25.* adhuc ningun derecho tiene Fr. Silvestre para intentar la sucession de esta Capellania.

40 Porque aviendo sido la referida cõdicion, *si muriere Don Miguel de Toledo antes de los 25. años*, circunscripta, y limitada à cierto, y determinado tiempo, de ningun modo se puede ampliar, ni estender à otro posterior, para que aviendo muerto despues, tenga, ni pueda tener lugar la substitucion de los hijos de Don Pedro de Hinojosa, ita ex *l. sed si conditioni, ff. de hæredit. instit.* *Donde instituido el heredero baxo de condicion señalada à cierto tiempo, passado este, no se admite el substituido, y* que-

*queda libre la herencia en el instituido, l.20.§.fin.l.23. ff.de statu liber.l.41.§.12.ff.de fideicom.libert.Donde la libertad*(con ser tan favorable)*se niega, quando se dexò à cierto tiempo señalada, que se cumplio despues.*

41 Y en terminos la *l.21.ff.de vulgar. En que la substitucion pupilar, señalada, y restringida à la muerte del pupilo, dentro de los diez años espira, y se acaba si muriere despues, aunque la muerte suceda dentro de los catorze años*, que es el termino constituido por derecho en esta substitucion: y la razon da el Consulto alli: *Non enim videtur in hunc casum substitutus, l.38.§.1.l.41.§.1.ff.eod.tit. de vulgar.l.commodissime 10.ff.de liber.& posthum.* quam & alias ad rem expendit D.Castill. *tom.4. cap.15. num.79.l.85 ff.de hered.inst.l.ex facto, §.Si quis autem, ff.ad Trebell.l.cum vxori 4.C quand.dies legat. ced.* plurimis DD.comprobant Gomez 1. *variar. cap.3.à num.10.*vbi Ayllon, D.Castill. *dict.cap.15. num.79.& lib.5.cap.63.num.58.* Fusar. *de substit. q.33.à num.1.q.102.à num.11.& q.357.à num.2.* latissimè Casanat.*cons.4, à n.82.*

42 La razon es genuina, natural, y legitima, porque aviendo el testador por su voluntad (como en nuestro caso) restringido, y limitado la condicion casual de morir el primer instituido, y gravado, al tiempo cierto, ò termino prescripto de antes de los 25.años; y siendo incompatibles de repugnancia, y contrariedad absoluta el tiempo *antes*, con el de *despues*; y siendo impossible juntarse, ni compadecerse el vno con el otro, pues aquel supone, que precediò, y este, que ha de venir, vt ex Philosophis, & Grammaticis notant Augustin. Barbos. *de diction. vsufrequent. in verbo* Ante; *& in verbo*

*bo* Post, *num.* 13. Roxas *de incompat. maior.* 2. *p. cap.* 2. *num.* 5.

43 De aqui es que se excluye, y nunca se admite, ni puede admitir la extension de vn tiẽpo à otro, del presente al venidero, ni del preterito al futuro, por ser exclusivo, y repugnante el vno del otro, *l. Imperator* 8. *ff. de postuland. l. stichum, l.* 38. *§. Fundum, ff. de legat.* 2. y mas en materia, y causa odiosa, y en que por la extension se trata de excluir à los parientes del testador por incluir à los estraños. Y aunque la extension de vn caso à otro se admita entre parientes *præter voluntatem testatoris*; de vn tiempo à otro no, de ningun modo; porque no es *præter*, si no expressamente *contra testatoris voluntatem*, vti advertit, & in individuo latè comprobat Ludov. Casanat. *cons.* 4. *à num.* 89. D. Castill. *tom.* 4. *cap.* 45. *à n.* 25. *ad* 44.

44 Pues si el testador que puso la condicion afirmativa, ò negativa, señalada à cierto tiẽpo, dentro del qual quiso que se cumpliera, quisiera que despues se pudiesse cumplir; facilmente lo huviera expressado con añadir vna sola palabra, que era, *ò despues*, vt notat Casanate *dict. cons.* 4. *num.* 124. y pues no lo hizo, es visto que no quiso; y lo que ni dixo, ni quiso, no ay razon para que nadie lo diga, ni quiera que aya de ser contra su voluntad, induciendo congeturas sin fundamento, que en este caso excluyen las leyes, las quales alegando ita ad rem concludit Casanat. vbi proximè *à num.* 116. ex *cons.* 21. Oldrad. Peregrin. *de fideicomm. art.* 11. *num.* 27. Gamma *decis.* 224. vbi Florez de Mena, Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 73. *à num.* 3. Alexand. Raudens. *decis. Pisan.* 28. *num.* 113. cum pluribus Fusar. *cons.* 64. *per tot.* Fontan. *decis.* 6. *n.* 14 *&* *decis.* 346. *n.* 14.

Y

45 Y assi nò aviendo muerto Don Miguel de Toledo antes de cumplir los 25. años, que es solò el caso, y tiempo en que estàn llamados los hijos de Don Pedro de Hinojosa, si no 23. años despues; no pueden pretender (contra la voluntad expressa de la Fundadora, y literal de la clausula, que no añadiò, ni ampliò mas tiempo) el que se aya de estender en materia tan odiosa como la introduccion de los estraños, y exclusion de los parientes que se hallan con llamamiento legal, y entre ellos vno tan proximo como es el P. M. Soto, primo hermano de la Fundadora.

46 Con lo qual se convence assimismo el argumento que de contrario se haze sobre las vltimas palabras de la clausula, ibi: *Los quales* (scilicet los Patronos) *nombren* (*en faltando los que yo dexo llamados*) *à mis parientes*, diziendo: Que estando vivo el P. Fr. Silvestre, no pudo el Patron de esta Capellania nombrar al P. M. Soto, por no aver llegado el caso de su facultad, y derecho de presentar Capellan, *ad text. vulgar. in l. cum ita legatur*, §. *In fideicommisso, ff. de legat.* 2. ibi: *Qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint*, cum communibus.

47 Porque supuesto por cierto, è innegable quanto dexamos fundado, y que el llamamiẽto, y substitucion de los hijos de Don Pedro de Hinojosa, fue condicionado, y supuesta tambien la regla de derecho: *Qui sub vna conditione vocatur, sub contraria, vel ob eius deficientiam, censetur exclusus, l. si legatum purè, ff. de condit. & demonstrat.* cum vulgatis D. Valenç. *cons.* 131. *n.* 6. Aviendo la Fundadora puesto el referido llamamiẽto cõdicionado, y luego passado à llamar à sus parientes en de-

fecto de los que dexàva llamados; y siendo esta oracion relativa à los antecedentes llamados, se entienden repetidas, y comprehendidas en ella las mismas condiciones, y calidades, y para el mismo tiempo en que estàn substituidos en el precedente llamamiento.

48 Siendo lo mismo, que si expressamente huviera dicho: *Llamo à mis parientes, en caso que por defecto de las condiciones con que dexo llamado à mi sobrino Don Miguel de Toledo, no entren, ni puedan entrar à suceder en esta Capellania los hijos de Don Pedro de Hinojosa.* Que es el caso que se halla verificado, pues aunque estos no falten, ni ayan faltado *por muerte*, faltan, y han faltado por el defecto de las condiciones con que fueron substituidos, y se quitan de enmedio por *caducacion del grado* de su llamamiento, considerandose (para la entrada, y admission de los parientes llamados por la Fundadora, y facultad de nombrarlos el Patron) como si nunca estuvieran llamados, ni puestos en la disposicion, *ad text. in dict. l. vnic. §. Pro secundo, C. de caduc. tollend.*

49 Sic ex Bart. Bald. Jason, & alijs antiquis, resolvunt, & convincunt Roland. *cons.* 54. *numer.* 16. Menoch. *cons.* 200. *num.* 3. Matienç. *in l.* 2. *glos* 1. *num.* 16. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* Azeved. *in l.* 2. *à num.* 48. *tit.* 14. *lib.* 4. *Recopilat.* August. Barbos. *de diction. iur. dict.* 103. *num.* 3. *& dict.* 312. *num.* 2. Peregrin. *de fideicommiss. artic.* 16. *à num.* 2. Casanat. *cons.* 3. *à num.* 8. D. Castill. *tom.* 2. *cap.* 4. *à num.* 37. *& tom.* 6. *cap.* 117. *num.* 28. D. Larrea *decis.* 51. *nu.* 11. cum alijs Roxas *de incompatibil. maiorat.* 4. *p. cap.* 2. *num.* 22.

50 Lo qual no es, ni se puede tener por ex-

extension ; ni interpretacion de la voluntad de la Fundadora, si no declaracion patente de lo que ella misma esta manifestando. Pues siendo la relacion *de los que yo dexo llamados*, puesta en vna misma clausula, y continuada oracion, sin mediar, ni apartarse à otra forma de disposicion, no se puede entender, ni construir de otro modo ; sin gravissimo absurdo, y sin legal resistencia, vt notavit Niger. Cyriac. *controv*. 400. *à n*. 66. Fusar. *de substit. q*. 403. *num*. 3.

51 Sin que contra esto se pueda replicar, que si la Fundadora quisiera repetir aqui la condicion, lo expressara como antes; porque no solo no fue necessaria la repeticion, estando como esta debaxo de vn mismo contexto, si no que si lo hiziera, huviera sido superfluo, y contra el buen estilo, y modo de hablar, y escrivir la Grammatica Castellana ; y quiẽ se atreviere a cõtradezir verdad tã infalible, solo podrà negando los principios Juridicos, Philosophicos, y Grammaticales, que nos enseñan la virtud de los correlativos en qualesquier clausulas, y oraciones, que siempre apelan sobre los antecedentes con fuerça comprehensiva de todo lo contenido en los correlatos, & advertit conclusionem Cyriac. *vbi proximè à num*. 70.

52 Y discurrir en este, ù otro caso semejante lo contrario, y querer el llamamiento cõdicional en su principio, medio, y fin, hazerlo puro, y simple, porque no se le añadiò la repeticion expressa (que fuera ociosa, y quasi ridicula contra el recto orden de hablar, escrivir, y concertar oraciones Grammaticales) es oponerse à todas las reglas de derecho, y voluntad de los testadores, de quienes ninguno se corrige, ni enmienda inconti-

nen-

nenti en vna misma oracion, y dispoficion, queriẽdo, y no queriendo à vn tiempo vna cosa misma, si no es estando sin juizio, ò passando con èl à hazer otra distinta, y condiversa forma de la que primero ordenò, *l. nam ad ea, ff. de condit. & demonstr. l. cogi poterit 16. ff. ad Trebell. l. proinde, ff. si cert. petat. l. 6. ff. de militar. testam. l. nam absurdum, ff. de bon. libert. l. 2. C. de condit. insert. cap. Abbate, vbi glos. verbo Potius, de verbor. signif.* pluribus comprobant D. Castill. *tom. 4. cap. 37. à num. 1. & tom. 6. cap. 166. à num. 1.* D. Valenç. *cons. 155. n. 31.*

53 Explicada la clausula, y declarada la voluntad de la Fundadora, de nada sirven los fundamentos vltimos de el Padre Fray Silvestre, que son la dispensa del señor Nuncio, y el aver obtenido esta Capellania su hermano D. Gregorio de Hinojosa; porque al primero se responde, que la dispensa no es para esta, si no para otra fundada en la Yglesia de N. Señora del Martyrio, en las Alpujarras, y esta es en el Convento de señor S. Francisco de Granada; y aunque fuera para esta, siendo condicional, y con la clausula ordinaria, *dummodo adsit consensus Patroni, & ius atque vocationem à fundatrice habeat*; y faltandole al P. Fr. Silvestre estos requisitos, nada le aprovecha esta dispensa.

54 Ni menos el que obtuviesse su hermano Don Gregorio, porque fue, non tam potior, quam solus, intruso, y sin contradicion de los parientes legitimamente llamados, *l. 2. ff. qui potior in pignor.* latè D. Salgad. *de labyrinth. cap. 3. nu. 9.* Y porque esta obtencion, no da derecho, ni ocupacion de linea en Beneficios Eclesiasticos como este lo es, por estar prohibida toda especie de sucession, *à Sacro Tridentino Concil. sess. 25. cap. 7. de reform. &*

*iure*

*iure Canonici* , *cap. Apostolica* 8.*q.* 1. & vtrobique August. Barbos.

55 Con que por todos medios se halla excluìdo el P. Fr. Silvestre, y manifiesto el derecho indubitable del P. M. Soto, para obtener està Capellania con las prerrogativas de derecho, y voluntad de la Fundadora; scilicet, llamamiento verificado, edad, literatura, parentesco cercano, presentacion de Patrono, licencia de su Prelado, y dispensa del señor Nuncio, requisitos, que aun en caso de duda le bastavan para ser declarado por legitimo sucessor en competencia de vn estraño, quanto mas en materia tã clara, vt notant Mostaço *de causis pijs, lib. 3. cap. 8. & 9.* D. Lara *de Anniverʃ. & Cappellan. lib. 3. cap. 3. per tot.* Y assi espera se confirme la sentencia del Provisor S. T. D. C. Granada, y Abril 15. de 1697. años.

LIC. D. JVAN LVIS DE SOTO.